

导 言

法始终是关于行为的规范体系。刑法中的犯罪是具有刑事不法本质的人类行为，纯粹的思想不能成为刑罚的对象，必须先有行为的存在，而后经过规范之评价，才有可能成立犯罪，若无行为也就无行为之刑法评价，故“无行为则无犯罪”早已成为刑法格言，其蕴含着行为是犯罪判断与刑法评价之基础。^①由此关于行为的犯罪论的所有论述、观点和理论都是对行为的评价，以便在理论上更清晰和准确地把握犯罪行为的共性和个性特征，从而使刑法理论更有效和准确地服务于刑法的执行及其目的。因此，刑法犯罪论的首要任务是对行为进行理论的归纳和提炼，目的在于探讨行为具有怎样的实质内容才能使国家对它发动的刑罚成为合理。刑罚的目的在于法益侵害的预防，对于那些具有侵害性的行为举止，如果对其行为主体适用刑法规范并不能产生什么预防法益侵害的意义，我们就要考虑将类似的动用国家刑罚权毫无意义的行为举止过滤出刑法中的行为之外，然而对什么情况下的行为纳入刑法规范视野之内，什么情况下的行为排除之外，刑法规范所评价的行为举止的最低限度条件到底为何，这正是历来刑法行为理论纷争的焦点。

^① 林山田：《刑法通论》，三民书局 1985 年版，第 73 页。

综观刑法学的发展史，犯罪论体系的完善与行为理论息息相关，就行为本身而言，其理论与实践价值无可否认，它是刑法的基石，刑事各学派均不惜寻找恰当的行为界定，建构各自的行为理论，追寻体现正义的行为评价机制，所以在一定意义上，刑法学也就是一部行为法学。

大陆刑法有着成熟完善的理论体系，始终未放弃对刑法视野中行为的界定，试图建立理论自足的行为论体系，解决行为本身的筛选，德、日刑法学者们从不同角度、不同立场，先后提出了因果行为论、目的行为论、社会行为论和人格行为论等行为学说，目的就是为建立大一统的行为概念，统摄刑法视野中的一切行为。赋予行为正义的内涵，以此来否定封建专制野蛮的刑法制度。“犯罪是行为”命题的提出划时代地奠定了行为刑法的理论方向。马克思曾言：“我只是由于踏入现实的领域，我才进入受立法者支配的范围。对于法律来说，除了我的行为以外，我是根本不存在的，我根本不是法律的对象。”^①因为有了行为才有刑法，行为是刑法的前提，是一切刑法理论的前提和基础。行为理论牵动着整个犯罪论体系，在犯罪论中，行为既是作为犯罪基底的概念，又是与犯罪论体系中的其他犯罪形态理论密不可分。

二

大陆法系纷繁复杂的行为理论是在一般意义上来探讨刑法中的行为，目的在于解决刑法中的行为所具备的本体特征，以发挥行为的界限机能。应当说，行为理论并非完全自足，难担刑法评价大任。行为理论是从人类动作的实然去定义刑法学中行为的应然，这

^① 《马克思恩格斯全集》（第1卷），人民出版社1965年版，第16页。

在方法论上是值得商榷的。“实行行为是刑法理论中最重要的概念之一”，^①遗憾的是，我国刑法理论界对实行行为的概念内涵及其理论意义未予深入探讨，而且几乎一致地认为它就是指“刑法分则中具体犯罪构成客观方面的行为”。^②传统的研究思路对刑法中的行为的研究只着眼于作为犯罪构成中客观方面要件要素的危害行为，认为危害行为自然是刑法中行为最重要的部分。^③实际上我国刑法理论中所研究的危害行为的内容极为广泛，尽管是被纳入到犯罪构成的视野予以阐述，但有其自身的特色内容，区别于大陆法系中构成要件符合性的行为，传统的教科书都无一例外地将危害行为置于犯罪构成的客观要件中进行探讨，形成此研究局面是因为我国的犯罪概念中所包含的社会危害性的实质内涵并不区别事实与规范的二元对立。^④在犯罪论体系上采取的“平面填充式”的框架结构并没有如大陆刑法中构成要件符合性、违法性、有责性的立体评价体系。在犯罪论体系中并没有形成就构成要件要素、违法性的本质理解争论而成的规范性独立价值。传统刑法理论中对危害行为的界定实际上侧重于或完全关注于对现实生活中犯罪行为原貌的简单实然描述，概念内容也都是在事实层面上的理解，危害行为概念本身虽然寓居于犯罪构成客观方面，但都在理论上并没有探究其规范层面上的意义，它的理论内涵无外乎其事实基础和内部要素。如此，危害行为虽身居犯罪构成论中，却并不具有规范的内容。从理论上

① [日] 前田雅因：《刑法总论讲义》，东京大学出版会 1998 年版，第 125 页。

② 高铭喧主编：《中国刑法学》，中国人民大学出版社 1989 年版，第 173 页。

③ 熊选国：《刑法中的行为论》，人民法院出版社 1992 年版，第 24 页。

④ 李海东：《刑法原理入门（犯罪论基础）》，法律出版社 1997 年版，第 24 页。

讲，进入犯罪构成视野中的行为是立法者从众多犯罪行为原型中抽象出来的并体现其利益与价值的观念，作为评价行为是否具有“犯罪性”的模式或者说最低限度的条件。然而，危害行为的概念内涵并不能担此重任。所以，实行行为所具有的逻辑内涵却能对其予以弥补，实行行为是刑罚规范预设的行为模式，是刑法各本条的核心，承载着意思决定和对行为事实进行评价的双重机能。我国台湾刑法学者洪福增认为，刑法各本条所指之“行为”，非普遍存在之“行为”，而系构成要件上之行为，故主张“行为”应在构成要件内容上予以把握，在构成要件之先论述“行为”即无意义。^①刑法分则中每一个罪名中都包含着区别于其他罪行的实行行为，实行行为如此普遍存在着，我们的刑法理论没有理由无视其独立的理论价值。具体言之，成文刑法典是以具体个罪罪行规范来发挥着其规范作用，在立法层面上，立法者如何预设各种犯罪行为的模式，抽象出行为的框架，如何把实行行为的模式于抽象和具体之间恰当设立，应该是立法技术的核心任务所在，尤其在罪刑法定原则要求立法的罪行明确性和涵盖性价值追求下，实现实行行为恰当的维度及意义不可忽视。这是在立法形式上的要求，在实质意义上，判断行为事实是否具有犯罪性往往是通过犯罪构成系统的评价，但是作为犯罪构成中核心要素的实行行为的独立价值应该有所体现。即实行行为自身的犯罪性的评价标准要素在行为自身当中也应该存在。换言之，行为事实进入犯罪构成视野成为实行行为的质的规定性应当是独立存在的。从规范层面上，作为实体的刑罚各本条所蕴含着的实行行为在表象的规律性特征，即结构模式同样是刑法理论需要探讨的，基于以上分析，本文以实行行为为研究课题，对其予以一般

^①洪福增：《刑法上行为的概念》，载台湾《刑事法杂志》，第17卷第5期，第98页。

性的探讨。

三

本文以实行行为这一刑法学微小但意义重大的概念为研究对象，最初的出发点是从规范的层面上对其进行思考，目的在于提示我们的理论研究在犯罪论核心的犯罪构成理论并非传统刑法所涉及的，并致力于行为范围的界定。正如日本著名刑法学者前田雅英教授所言，实行行为是刑法理论中最重要的概念之一，那么对该概念的内涵予以深入的解析，就不能被视为仅仅为理论的冲动。在理论的高度上，在一般意义上以下问题不能不予以思考：实行行为的本体意蕴、实行行为的机能以及其类型等共同构成实行行为这一独立范畴（如果成立的话）的完整画面。众所周知，刑法既是评价规范又是意思决定规范，它规制着人的行为，它以为人们提供行为指针的方式来保护着法益，将侵害或者威胁法益的行为规定为犯罪并追究行为人的刑事责任，它注重行为的本身及其实害，在罪法原则下，只能对行为人处以刑法规定的罪行，换言之，刑法的处罚对象限定为违反刑法的犯罪行为，以此充分发挥保障公民自由的机能，由此，刑法机能的实现是通过行为的规制来实现的。

就行为本身而言，在不同的层面上具有丰富的内容，事实层面上的行为千变万化，行为事实包含的内容丰富多彩，善的行为固然为多数，但事实上恶的行为也广泛存在，正因为具有社会危害的恶的行为的存在才使刑法得以产生，刑法在本源上来自于行为之恶的存在，故刑罚法规中规制的行为当然只能是“恶行”。对于变动不居的恶行，简洁有限的条文不可能对其一一罗列，只能以抽象的形式，进行类型化地将恶行纳入到刑罚法规的行为模式中来，犯罪行为的构成要件由此产生。当然犯罪构成要件是一个复杂的系统，它

始终是以行为为模式的有机体系。作为犯罪构成理论视野中的行为，在规范的层面上，行为是抽象的类型性的存在，其抽象性和类型化的特性是立法的必然结果，它注定是模式化的行为。所以，刑法中的行为在事实层面上是具体的，千变万化的。而在犯罪构成理论的视野中是规范的、抽象的和模式化的。传统的成文刑法中关于行为的研究往往是对行为事实的审视，意图建构能对行为进行筛选的行为理论。在规范层面上，作为犯罪构成理论视野中的行为是抽象的，往往纳入到犯罪构成要件符合性阶段进行研究。在现有的理论体系中，对犯罪构成视野中作为构成要件要素的行为的研究内容一般包括行为主体、行为对象（客体）、因果关系等。

四

最后，本文既是对刑法中个别范畴的展开，并不涉及刑法学的基本立场采纳的问题，但是仍需要明确的是：本文所论述的实行行为是站在规范与事实区别论的立场上。由于国内刑法理论界对实行行为的概念本身界定缺乏统一的认识，通论观点倾向于将实行行为界定为具体的行为事实，一般将其解释为“作为符合构成要件的构成事实的具体性行为”。^①这种理解是从犯罪构成体系的角度对行为的认定而界定的实行行为。本文的基本立场是，刑罚法规的罪行模式是以实行行为为基础，行为被法规抽象为立法层面上的实行行为是规范的，千变万化的行为的实行事实是实行行为的事实表象。

行为实行的事实与作为规范类型的罪行模式统一在实行行为概

^① [日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，冯军译，中国政法大学出版社 1993 年版，第 69 页。

念之下，共同成为刑法评价的基础。试想，如果实践中没有了复杂的行为事实，那么刑法评价就失去了评价的客体，刑法的实践理性就荡然无存。然而，自从有了人类文明，危害社会、违背社会生活秩序的行为就相伴而生。当立法者用罪刑规范来对其进行评价时，作为犯罪构成视野中的行为也就应运而生。事实上的具体行为是刑法的评价对象，它不应该成为刑法研究的全部，而应当是行为科学研究的主要对象。行为科学是将行为作为一种事实进行研究的，因而是一种事实学。事实学决定了它必须按照行为发生的事实来研究行为结构。以事实行为为研究对象在刑法理论上主要体现为行为理论建构刑法行为的概念，具体说其目的在于过滤那些与刑法规范的遵守根本不相干的人类态度。然而，刑法学术史上对行为概念的理论价值提出质疑的观点充分说明了刑法学过分地投入于行为概念的界定不值得。故行为规范的刑法学对行为的研究更多地应将其纳入到规范性的层面上来，投其以规范性的眼光。而将规范性层面上的行为研究纳入到犯罪构成视野中探究作为犯罪构成客观要素的构成行为的一般规律、其范畴意义和形态理论才能真正有利于犯罪论的深入和其对实践的指导。

关于本文拟采用的研究方法，需要说明的是由于我国刑法理论对行为的研究均将行为从纷繁的事实形态中抽出建立行为概念，称其为危害行为，这可以概括为概念意义上的行为研究，除此以外，除涉及行为问题分散在犯罪论专题中各部分，在犯罪形态中探讨行为的着手以此来区别预备与未遂，在罪数形态中探讨行为个数，在客观行为要件中探讨不作为犯罪。这种分散的局面由于行为本身是犯罪论的基石，犯罪形态几乎都离不开对行为的评价。但是在犯罪构成层面并未有过集中探讨实行行为一般理论的尝试，所以本文的研究方法是抽象与具体的结合，以规范为立足点的行为微观的探讨。

第一章

实行行为的立论前提

本章将澄清实行行为这一概念范畴的理论基石，不得不说明的是，在此章中所要澄清的问题尽管冠之立论前提，但却是在松散或间接的意义上使用的，实行行为是刑事立法以及刑法犯罪论的基础，并不是一个明确的命题，所以并不存在其证实与证伪的前提判断，因此在这一意义上，本章所言之立论是在更广泛或更基本的理论脉络的承袭中来明确、梳理一些基本性问题，目的是在实行行为概念范畴被研讨时，不至于缺乏理论根基而显突兀、缺失厚重的理论支撑。

进入犯罪构成视野中的行为是被立法类型化的实行行为，是将事实上无数变幻的行为抹去具体的面孔进而抽象的结果。从根本的前提意义上，文章认为首先要解决的是刑法学史上关于刑法评价客体是行为抑或行为人的问题，即是行为刑法还是行为人刑法的对立；其次，纷繁的行为理论尽管是在一般意义对行为概念进行探寻，其在逻辑层面上要高于实行行为的概念，但是一般行为的概念是实行行为范畴理论本身的提倡及建构所不可缺少的。本文是以实行行为为中心的专题探讨，其理论建构是为了提倡其理论上的范畴意义，建构其自身的理论内核以解决具体行为样态的认定，理所当然地就需要解决实行行为本身的犯罪论地位，即彰显其在犯罪构成系统中的地位，唯此，避免后文的研讨不至于是缺乏理论根基的空

中楼阁。

第一节 刑法评价客体

从最根本的意义上讲，任何规范包括道德规范、伦理规范、法律规范都是关于人的规范，人是这个世界的主体，一切规范都是以人为目的。刑法规范同样如此，所以无论哪一学术立场的刑法理论都不会否认犯罪是人的行为，刑法是关于人的法。但是作为具有评价功能的规范体系，刑法是应立足于人的行为施加惩罚，还是以实施一定行为的人的德性、人身危险作为评价的核心对象从而实现制裁实施犯罪的人为目的。在这一层面所出现的分歧构成了本文所要澄清的问题核心。换言之，此处所言之刑法评价客体，并不是在根本意义对构成全部生活场景中作为总体的人，因为在此意义上的人是一切人文学科都不可无视的理论坐标。这里的刑法客体只能是刑法学术史中争论的刑法关于犯罪与刑罚的规定以及司法上关于犯罪的认定与刑罚的适用，是应当重视行为还是重视行为人，刑法的旧派与新派形成了行为刑法与行为人刑法的对立。^① 刑法评价客体的确立乃是刑法评价的先决条件，也是规范评价的起始点，毕竟必须先确立“评价客体”方有客体评价的问题。犯罪构成视野中的实行行为承担着客体评价功能的核心，自然以评价客体与客体评价在逻辑上的厘清为前提（这也正是本文将刑法中的评价客体作为实行行为研究的立论前提的原因所在）。

一、行为刑法

从逻辑上看，犯罪构成体系是对一定事实的评价，在刑法评论

^① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 38 页。

前，必须先确认其评价客体究竟为何。通常刑法规范的评价对象，不外乎二者：其一为导致客观事实发生的行为；其二是实施行为的主体。刑法所规范对象不同，则产生之刑法形态必然也会有所差异，如果将“行为”作为规范对象，也就是将行为当作其评价的认定基础，则所形成的刑法形态称之为行为刑法（Tatstrafrecht），反之，如果刑法所规制者，系实施行为之人的内在恶性或者人格、素行，即以“行为人”作为评价对象，则所形成的刑法形态即为行为人刑法（Tätershrafrecht），申言之，“行为刑法”即是以客观的违法行为作为刑罚的根据，对于行为人是否加以处罚，则必须视该行为人对该行为是否有构成可罚责任的因素而定，是采行为责任（Tatschuld）的立场。^①在刑法学术史上，以行为作为评论基础的“行为刑法”或作为责任观念的为刑事旧派所极力主张的，刑法旧派与新派的针锋相对又形成了客观主义与主观主义之争，客观主义认为，刑事责任的基础是表现在外部的犯罪人的行为及其实害，或者说犯罪概念的基础可罚性及刑罚量的根据是客观行为及其实害。客观主义重视的首先是行为，因此，又被称为行为主义。由此可见，客观主义思想中蕴含着行为刑法的基本主张，行为刑法所倡导的刑事实体评价的行为中心意义只是刑法旧派及其犯罪论客观主义的思想侧面，并不能作为一独立派别或基本立场，其确立并被广为倡导有其深刻的历史根源。

18 世纪中期，启蒙思想的萌芽所主张的社会契约论和自然法理论矛头直指封建刑法的干涉性、恣意性和残酷性等弊端，刑法那张令人不寒而栗的狰狞面目为封建专制构筑了坚实的基础。封建刑法的恣意所导致的破坏性甚至比其遏制的罪行重要，如马克思所言“法律本身不仅能够惩治罪行，而且能够捏造罪行——在中世纪，

^① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 38 页。

天主教僧侣由于对人的本性有阴阳之看法，就依靠自己的影响把这种观点硬搬到刑事立法中去了，因而他们能制造的罪行比他们宽恕的过错还要多。”^① 在后蒙思想的熏染下，以否定封建刑法，实现人民主权、限制国家权力，开创谦抑、法定、平等和人道的刑法局面为目标的刑事旧派学者都对刑法中的行为予以关注并展开深入的探讨来实现自己的目标。最早的代表人物霍布斯、孟德斯鸠等都一致反对思想定罪，认为只有行为才有可能构成犯罪，只有对犯罪行为才能判处刑罚。孟德斯鸠描述：马尔西亚斯做梦割断了狄欧纪西乌斯的咽喉而被处死是大暴政，思想应该和某种行动连接起来，法律的责任只是惩罚外部的行动。^② 这对后世的影响极其深远。刑事古典学派的创始人和最重要的代表人物贝卡利亚所主张的罪刑法定思想为罪刑法定主义作为铁则在刑法中的确立奠定了坚实的基础，在其思想中明确认为只有上升为法律的危害行为才能成为犯罪。刑事古典学派另一重要代表人物费尔巴哈则以“心理强制论”进一步论证并弘扬了罪刑法定主义，从刑法是制裁规范和行为规范的角度来论证罪刑法定主义的功能，主张“刑法与行为就违法行为应予以威吓的可能的犯罪者在刑罚权之下的所有的人相关联。——个人应当停止这种被规定的行为，实施这种行为的个人应受法律上的刑罚，或者任何人没有实施该种行为，法律上的刑罚作为违法行为的法的必然的效果就不存在。”^③ 为了确立刑事审判中的法治国思想，限制国家刑罚权过分扩张和触角太长，费氏主张通过罪刑法定主义等手段来进行限制，其中赋予行为的限制性机能的手段在罪刑法定

① 《马克思恩格斯全集》（第 13 卷），人民出版社 1965 年版，第 552 页。

② 孟德斯鸠：《论法的精神》，商务印书馆 1996 年版，第 197 页。

③ 马克昌主编：《近代西方刑法学说史略》，中国检察出版社 1996 年版，第 87 页。

主义下发挥积极的功效。为此，必须明确刑罚科处的应是行为而不是行为人，行为是刑罚的根据和刑罚量的大小的决定性标准，最终保障法的安定性、稳定性同时也保障个人的自由。英国功利主义法学家杰里米·边沁是刑事古典学派为数甚少的英美法学家，他以功利主义为思想指导，站在刑事立法者的立场上，对犯罪作了详细的划分，认为犯罪是指一切基于可以产生或者可能产生某种罪恶的理由而人们认为应当禁止的行为。^① 刑事古典学派的代表人物、德国古典哲学的集大成者，著名的政治法律思想家黑格尔在其《法哲学原理》中归纳了“不法”的三种类型：无犯意的不法、欺诈、犯罪。他所论述的不法和犯罪都是指人的行为而言的。他在讨论犯罪、责任、刑罚等问题时，都反复提到犯罪必须是行为。^② 与刑事新派（实证学派和人类学派）展开激烈论争而形成的后期刑事古典学派以德国的宾丁、贝林格、麦耶为代表，他们仍然将行为作为犯罪否定评价的核心，强化了行为的刑法意义，发展了犯罪构成要件理论，强调犯罪的定型性，认为构成要件是刑法理论中的指导观念，犯罪构成要件中的行为要素是核心要素。

纵览刑事古典学派的理论发展，其学术思想无不打下“行为”的烙印。他们青睐行为，以行为为其理论根基，认为无行为则无犯罪，犯罪是行为导致的实害和危险，刑法是关于行为的法律，其历史根源来源于封建刑法残酷恣意，任意惩处思想上所谓的罪恶，思想上犯罪也成为犯罪之恶备受严厉惩处，统治者以此来禁锢人民的思想，维护其统治基础，在此种情形之下，刑法成为特权笼罩之下

① [英] 吉米·边沁：《立法理论——刑法典原理》，中国人民公安大学出版社 1993 年版，第 1 页。

② 现代刑法学中行为的概念是源自于 19 世纪刑法学的逐渐发展，而黑格尔则认为是刑法中行为概念之父。黑格尔认为有意识行为方为归责之行为。

为实现封建宗教的工具，于此，刑法本身也就成了等级之法、镇压之法、擅断之法。刑法中如果缺乏行为的中心地位，没有行为内涵的充分展开并统摄整个刑事立法，刑法就难以实现保障民权、限制国权的机能。随着人类法制文明的进步，思想先驱们发现其中真谛，对犯罪中的行为内核投以信赖的目光，重新诠释行为的刑法意义，赋予刑法中行为的应有之义，发挥行为对犯罪界定、刑事立法、刑事司法的界限机能，以犯罪人的行为及其实害构成刑事责任的基础，以此来限制刑事处罚范围，实现罪刑法定原则。

在特定的历史背景下产生的行为刑法思想贯穿于整个刑法过程，在犯罪论领域表现为客观主义思想，在对构成要件的解释论上采取的是法益侵害的实质解释立场，遵从罪刑法定主义的禁止类推的严格解释。刑事古典学派行为刑法在责任领域主张道义责任，是指就犯罪行为对行为人予以非难，责任的根据在于作为人的符合构成要件的行为，并且行为所造成的实质和危险又影响责任具体承担的量的大小，即刑罚的种类与轻重。在刑罚的正当化根据的理解上，行为刑法同样以行为为主线贯彻到底，尽管刑事古典学派所理解的刑罚的正当化根据在于报应的正义性，亦即恶有恶报、善有善报，是社会所信守的道义原则，刑罚基于正义报应的要求而产生。而且法律意义所说的报应是基于分配正义原则的作用，对于不法侵害行为给予等价责任的刑罚之意。^①需要澄清的是，本文之行为刑法并非指独立的刑法学派，也不是就某一方面或某一领域具体问题的基本立场，而是对刑法学术史上观点、主张或立场的思想倾向的归纳。正如前文所述，行为刑法的思想贯彻于整个刑法的全部领域，在对犯罪本质的理解上，以行为的实害或危险为核心，在犯罪论领域主张客观主义，在责任领域以行为为责任基石。行为刑法的

^① 苏俊雄：《刑法总论》（I），作者发行1998年修正再版，第141页。

本身所蕴含的思想包容刑法的价值判断及刑法的评价对象等各方面。在价值判断上它是以事实性、实在性为前提，以抽象性、普遍性为特征，以客观性、恒定性为基础。行为刑法思想之所以源远流长，与其自身所包含的合理内核不可分离，其主张在判断行为是否成立犯罪时，将价值判断的重心置于体现客观要素的行为，包括行为自身的身体动静以及行为的结果，重视行为的类型性、定型化，为罪刑法定的实现提供了理论上的支撑和具体制度的保证。行为刑法重视行为的理论及实践价值，偏倚犯罪行为的独立意义，关注行为事实样态的刑法功效，以此为核心的刑法学派的建构为刑法学科的发展谱写了辉煌的乐章，但是行为刑法价值判断所采取的抽象性的认识论和方法论，自身也面临着一些不可忽视的问题，即面对形形色色的行为事实，如果在类型学的意义建构其行为概念，不仅保证在理论体系内部的自足与完善，同时又要照顾到解决罪刑法定主义实质层面的法治思想，这些都是行为刑法主体的人所不能回避的问题。而以具体性和事态性为方法论基础的刑事新派（实证学派等）的主张是对上述问题的回应，还是仅为理论上的巧合，已不重要，重要的是对刑事新派的行为人刑法观念合理性的审视。

二、行为人刑法

行为人刑法以实施行为的人的内在恶性人格为评价对象，“直接以犯罪人的危险性格，作为刑罚的依据，即因不法的行为显现出来的危险人格，而必须负生活操行责任”。^① 针对行为刑法的观念，行为人刑法一切主体是全新的，又是前沿的，与刑事古典学派的行为刑法思想针锋相对，刑法所关注的到底是行为还是行为人，围绕此问题所展开的争论构筑了刑法学派真正对立而争论无比激烈的画

^① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 38 页。

面。任何理论都不是常青的，行为刑法的主张当然也是如此。在某种意义，一种理论或主张只有在受到批判时才是有意义的。所以，以刑事古典学派刑法理论为基础的行为刑法在受到刑事实证学派的批判时，其意义便得以彰显。而意义又是相对的，使行为刑法的意义彰显的本身，行为人刑法理论的意义却又是不可磨灭的。行为人刑法是对刑法主观主义某些主张进行归纳而来。与行为刑法相似的是，行为人刑法同样不是独立的刑法派别或自成体系的刑法基本立场，更不是对具体问题解释的方案，说到底刑法思想中对犯罪观念、责任根据、刑罚根据的观念体系。

行为人刑法的思想以刑法近代学派为基础，在犯罪论上表现为主观主义，主观主义以实证的、科学的研究方法，汲取犯罪学的研究成果促进刑法学的研究，认为“以抽象行为为中心来建构刑法理论没有实际意义，刑法客观主义将行为作为犯罪成立的第一个条件，强调行为与刑法分则条文现象的犯罪构成要件相符合，然后再考虑行为的违法性和行为人的有责性，这些都是理论上的空谈，所以，刑法主观主义特别强调以行为人为中心的刑事法研究进路。”^①以行为人为中心的研究侧重必然导致行为对犯罪论和刑罚论的意义的减弱，行为人之于刑法的意义得以加强。“犯人所实施的犯罪行为是该犯人本身所具有危险性的表现，犯罪行为是认识行为人的危险性的基础”^②的主张，被行为人刑法论者极力推崇。以此为思想基础，李斯特提出的“应受处罚的不是行为而是行为人”的命题便成为著名的口号广泛流传。并指出：“我们刑法立法的根本错误

①周光权：《法制视野中的刑法客观主义》，清华大学出版社 2002 年版，第 102 页。

②〔日〕大塚仁：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 2 页。

不仅仅是未考虑人民的法律意识，而且是造成它在与犯罪作斗争中的无能为力，在于过高地估计了行为的外在结果和未顾及行为人的内心思想……在規定刑罚的种类和范围时，在法律和判决中，有必要将重点更多地放在行为人的内心思想上，而不是行为的外在结果上。”^① 行为人刑法作为刑事责任的基础是犯罪人的危险性格即反复实施犯罪的危险性，刑罚的目的在于特殊预防，即消除犯罪人再犯罪的危险性和行为再次实施的危险可能。行为人被处的刑罚的根据在于行为人内部的危险性格，外部行为没有任何意义。因此对罪刑设计上，以消除或减少行为人的危险性格为最高理念。刑法评价的对象表面上是行为人的行为，但根本上起决定意义的还是行为人的内心性格，之所以说表面上仍然是以行为为直接的评价客体，是因为尚无法连接测量和认定行为人的内心危险性格，而且根据现代科学研究结论，犯罪人的内部的危险性格仍然离不开其外在行为的征表，即只有借助于行为人外部行为才能发现行为人的内在危险性格（因此在刑法主观主义的理论视野中，行为概念仍然存在，但是，没有“抽象性”意义上的行为存在，存在的只有个人受环境、素质等所决定的，对社会而言极其危险的意思和性格）。主观主义与客观主义理论的分歧集中体现在犯罪论领域，其中以构成要件的解释论为甚，尽管行为人刑法以人的内心恶性作为刑法评价的对象，但是在构成要件论问题，它们也承认构成要件符合性、违法性和有责性的犯罪构成体系是对行为的评价机制，也都是行为属性的不同侧面的反映，以行为作为犯罪论的中心范畴的“一元论”的犯罪论体系也是行为人刑法理论的基础框架。但不可混淆的是，在犯罪理论体系的架构中，含有行为概念并不等于行为人刑法的最终意向是行为，实际上，行为人刑法思想所关注的行为，意在行为人

^① 张明楷：《刑法的基本立场》，中国法制出版社 2002 年版，第 38 页。

的危险性，只有行为才能征表行为人的危险性。

三、本文的主张

在这一标题下，笔者首先就以上两种主张略作比较，并在比较的基础上得出本文的基本立场。

通过以上分析我们可以看出，不论是刑事古典学派还是刑事近代学派，不管是客观主义还是主观主义，都不否认刑法中应该存在行为概念，行为对于犯罪的意义不可忽视。

所谓的行为刑法与行为人刑法，实质来源于刑法评价主体中行为或行为人各自的分量不同而导致的概念。犯罪是人实施的，刑罚是科于人的，古典学派与近代学派的对立乃至行为刑法与行为人刑法各有侧重的局面根源于对犯罪主体的犯罪人的人性认识的不同。作为刑法的评判对象必须考察人性问题。“可以说对人性的理解决定了刑法学的性质，主张行为刑法的古典学派所理解的人是绝对意志自由的主体，是具有理性的存在，能够在做出行为之前，根据一定的规范衡量行为的意义，进而趋利避害，控制自己的行为。实质上这种意义上的人以自由意志论为前提，作为完全理性的人，只是在抽象性存在的层面上被把握的，当没有深入到具体的某个犯人去进行彻底的认识。”^① 古典学派所理解的人是抽象人，以此为基础的行为刑法思想所理解的行为当然也就完全被赋予了抽象的色彩，成为了抽象的行为，刑法客观主义的行为刑法观念的抽象行为集中体现刑法两大基本范畴在犯罪观念和刑罚观念的理解。在犯罪观念上，行为刑法评价行为构成犯罪的构成要件及其行为要素都是抽象的，包含着实践中形形色色的行为事实，构成要件作为评价

^① [日] 大塚仁：《犯罪论的基本问题》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 2 页。